

## **SEÇÃO CÍVEL**

### **Ação monitória**

SÉRGIO SEIJI SHIMURA (\*)  
Promotor de Justiça - SP

#### **Noções e conceito**

Sabemos que o mais típico título executivo é a sentença condenatória. Ao aplicar a vontade concreta da lei a uma controvérsia que lhe é submetida, se o pedido se refere à imposição coativa de uma obrigação, a sentença tem força condenatória e, consequentemente, efeito executório.

E, embora imponha coativamente o cumprimento de uma obrigação, pode ainda encontrar resistência ou inércia do devedor quanto a sua satisfação, necessitando, então, ser efetivada no seu aspecto prático e real através da ação de execução.

Se o interessado, que ainda não dispõe de título executivo, tem, previamente, de recorrer ao processo de conhecimento, nada impede, de outro lado, que a cognição desenvolvida neste seja reduzida, ou mesmo suprimida, dependendo do ordenamento jurídico em proporcionar meios mais céleres e econômicos do que a via burocrática, lenta e complicada do procedimento comum ordinário.

Vale dizer, é possível que o título executivo judicial seja obtido de maneira mais rápida, com menor sacrifício de dinheiro e energia, dependendo, como dito, de previsão no ordenamento jurídico.<sup>(1)</sup>

Não se pode negar que o fator tempo serve de óbice à efetiva prestação jurisdicional. Daí o interesse em se buscar outros tipos de tutela (tutelas jurisdicionais diferenciadas<sup>(2)</sup>). Não é suficiente uma previsão abstrata e formal de meios assecuratórios dos direitos dos jurisdicionados. O indivíduo deve contar com a efetiva proteção de seus direitos substanciais.

O processo civil deve ser visto como uma espécie de contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela, contrapartida essa que, para ser efetiva, deve traduzir-se na disposição prévia dos meios de tutela jurisdicional (de procedimen-

(\*) - Professor da PUC/SP e UNIP/SP.

(1) - Carnelutti, "Instituciones del proceso civil", EJE, 1973, pág. 60. Cf. Ramiro Podetti, "Derecho procesal civil comercial y laboral - Tratado de las ejecuciones", 2ª edição, Atualizada por Victor A. Guerreiro Leconte. Ediar, 1968.

(2) - A esse respeito, vide Augusto Máximo Morcillo, "Las Nuevas exigencias de tutela", Repro 31/210; Adolfo Gelsi Bidart, "Tutela procesal diferenciada", Repro 44/100; Luiz Guilherme Marinoni, "Novas linhas do processo civil", RT, pág. 84, n.º 2512.

tos, provimentos e medidas coercitivas) adequados às necessidades de tutela de cada uma das situações de direito substancial<sup>(3)</sup>

E uma dessas técnicas de agilização do processo e efetividade da prestação jurisdicional reside no chamado procedimento monitorio (ou procedimento injuntivo<sup>(4)</sup>), implantado em nosso sistema pela Lei nº 9.079, de 14.7.95, que acrescentou os artigos 1.102a a 1.102c ao atual CPC.<sup>(5)</sup>

O qualificativo monitorio (ou injuntivo) indica ordem, mandamento, pressão, imposição, conselho, advertência<sup>(6)</sup>. Deriva, então, a expressão "procedimento monitorio", no sentido de expressar a relação processual em que o juiz expede um mandado para que o devedor cumpra a sua obrigação, e não propriamente para se defender.

De feito, de nada adianta melhorar e aperfeiçoar o processo de conhecimento, se o mecanismo do processo de execução não propiciar maior celeridade e eficácia prática à proteção dos direitos de crédito. A pronta e segura realização do direito do credor, por meio da força da coação da execução forçada, constitui a melhor confirmação da autoridade da lei, e, portanto, da garantia que a própria lei assegura aos direitos dos cidadãos.<sup>(7)</sup>

Introduz-se no atual Direito brasileiro a ação monitoria dentro de um objetivo maior de desburocratizar, agilizar e dar efetividade à prestação jurisdicional, instituto que logrou êxito no Direito europeu<sup>(8)</sup>, adaptando o seu modelo à nossa realidade e às cautelas que a inovação sugere. A finalidade do procedimento monitorio, que tem profundas raízes no antigo Direito luso-brasileiro, é abreviar, de forma inteligente e hábil, o caminho para a formação do título executivo, contornando o geralmente moroso e caro procedimento ordinário.<sup>(9)</sup>

Como ilustração, Humberto Theodoro leciona que, na Alemanha, no ano de 1937, tramitaram pela primeira instância dos Tribunais 4.515.821 feitos de procedimento monitorio, contra apenas 1.654.952 de procedimento ordinário ou comum, o que evidencia a preferência pelo primeiro.<sup>(10)</sup>

(3) - Proto Pisani "I rapporti fra diritto sostanziale e processo, in 'Appunti sulla giustizia civile', Bari, Cacucci, 1982, pág. 42.  
(4) - Estamos a usar as expressões 'processo monitorio' como sinônimo de 'processo injuntivo' conforme Giuseppe Chiovenda ("Instituições de Direito Processual Civil", 1ª vol. Saraiva, 1965, pág. 259, nº 78).

(5) - Na Itália, o procedimento monitorio está regido pelos arts. 633 e 656, do CPC. O ordenamento italiano sofreu inovação nesse ponto, através da Lei de 26.11.90, com ênfase a novas formas de tutela como os pronunciamentos antecipados de conteúdo condenatório. Na doutrina italiana, vide mais amplamente: Franco, "Guida al procedimento d'ingiunzione", 1987; Garbagnati, "Il procedimento d'ingiunzione", 1991; Garri, "Procedimento d'ingiunzione e giudizio di opposizione. Le sentenze di un triennio", 1989; Lanfranchi, "Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari", 1987; Marzocchi, "Nuove prospettive in tema di decreto ingiuntivo: cauzione, esecuzione provvisoria e prestazioni professionali", 1985; Pajardi, "Il procedimento monitorio", 1991; Tarzia, "Manuale del processo del lavoro", 1987 (apud Nicola Picardi, "Codice di procedura civile", bibliografia anexada ao art. 633). Cf. ainda Giuseppe Tarzia, "Lineamenti del nuovo processo di cognizione", Giuffrè, 1991, pág. 137, nº 28. Ao propósito, José Rogério Cruz e Tucci notam que o procedimento monitorio, na Alemanha, vem previsto nos §§ 688 a 703d, ZPO; na França, pelos artigos 1.405 a 1.425, NCPC; na Austrália, pelos §§ 448 e 453 e 548 a 554 ZPO; na Bélgica pelos artigos 1.338 a 1.344, CJ (Apontamentos, nota de rodapé nº 41, Repro 70/31).

(6) - Daí a locução "audiência admonitória", prevista no artigo 160 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), para indicar a advertência que o juiz faz ao réu sobre as consequências do não cumprimento das condições impostas na sentença condenatória penal.

(7) - Micheli, "Derecho Processal Civil", 1970, III, pág. 383. Sobre a possibilidade de os Estados e o Distrito Federal criarem procedimentos especiais incluindo o monitorio vide Arruda Alvim, "Tratado", pág. 262, nº 4.7.6.

(8) - Sidney Agostinho Beneti informa que, na Alemanha, as principais características do processo monitorio são as seguintes: a) competência do Amtsgericht, Tribunal de 1ª instância de âmbito municipal não importando o valor da causa; b) facultatividade da opção pelo procedimento monitorio; c) não-processamento pelo juiz, mas sim pelo Rechtspfleger, espécie de praticante judicial, que atua nos juízos, despachando, em nome próprio, os casos até a colocação em pontos de decisão jurisdicional; d) utilização de impressos - que se compram em papelarias - para a notificação e envio, e, também, de impressos para a contranotificação, caso o destinatário deseje contrariar o pedido; e) prazo de duas semanas para a contranotificação; havendo contranotificação, o caso segue para a esfera jurisdicional; f) não havendo contranotificação, segue-se a ordem da execução; g) desnecessidade de advogado para notificar e contranotificar; h) casos mais usuais: compra a varejo, cobrança de serviços ("Ação monitoria da reforma processual", Ajuris 77/23).

(9) - Cf. exposição de motivos apontada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, "A efetividade do processo", Ajuris 59/266. O anteprojeto que resultou na Lei nº 9.079/95 é de 1985, cuja comissão redatora foi constituída pelos professores Luiz Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Júnior e Sérgio Bermudes.

(10) - "O procedimento monitorio e a conveniência de sua introdução no processo civil brasileiro" RF 271/73 (julho/setembro de 1980).

O fator tempo tornou-se elemento determinante para garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Nessa esteira, a técnica do procedimento monitorio, como espécie de tutela jurisdicional diferenciada, com vistas a neutralizar o lapso de tempo intercorrente entre o início do processo e a sentença, delineia-se de crucial importância para a ideia de um processo que espelhe a realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.<sup>(11)</sup>

Como explica José Rogério Cruz e Tucci, nas técnicas de sumarização da *cognitio* insere-se a do procedimento monitorio, no qual o juiz emite uma ordem liminar *inaudita altera parte*, determinando que o devedor cumpra a sua obrigação. Esse tipo de tutela tem por escopo superar a inércia do devedor, incitando-o a sair do silêncio, do "coma jurídico", ao possibilitar, mediante procedimento simples e expedito, a obtenção, pelo credor, de título executivo.<sup>(12)</sup>

O traço peculiar que distingue o procedimento injuncional está na circunstância de ser ele uma técnica processual concebida com a finalidade da obtenção rápida do título executivo, obviando-se os percalços naturais da demora processual na consecução da sentença condenatória.<sup>(13)</sup>

Essa é a filosofia do procedimento injuntivo, que se inicia com um mandado do juiz dirigido ao devedor - sem prévia audiência bilateral da parte contrária - para que este efetue o pagamento ou impugne o débito, sob pena de ser formado um título executivo que enseje execução. A sua originalidade encontra-se na situação de vantagem inicial do credor, fazendo com que o devedor suporte as consequências de sua inércia.<sup>(14)</sup>

Conceituando, pois, o processo monitorio, podemos afirmar que é aquele que veicula uma ação de natureza condenatória, de rito especial e de cognição sumária, cujo objetivo é a obtenção imediata de um título executivo.<sup>(15)</sup>

## Requisitos de cabimento

Pelo artigo 1.102a, CPC, são três os requisitos de cabimento: a) prova escrita; b) inexistência de título executivo; c) envolva obrigação de pagar soma em dinheiro ou de entregar coisa fungível ou de determinado bem móvel.

(11) - José Rogério Cruz e Tucci, "Apontamentos" Repro 70/29. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, "Novas linhas do processo civil", RT, pág. 85, nº 2.5.12.

(12) - José Rogério Cruz e Tucci, "Apontamentos sobre o procedimento monitorio", Repro 70/21.

(13) - Donald Armelin já pugna pela adoção da ação monitoria, argumentando que, indubitavelmente, a existência desse instrumento processual à opção do credor poderia provocar a aceleração da prestação jurisdicional se eficientemente utilizado. Sugerir-se não seria mais adequado atribuir à parte, pelos menos, dos documentos que ensejariam a sua admissibilidade, a qualidade de títulos executivos extrajudiciais, o que implicaria uma ampliação do elenco destes. Máxime considerando-se a abertura concedida à possibilidade de formação desses títulos pelo parágrafo único do artigo 55 da Lei nº 7.244/84 ("Tutela jurisdicional diferenciada", in "O Processo Civil contemporâneo" vários autores - coordenação de Luiz Guilherme Marinoni -, Ed. Juris, 1994; publicado também in Repro 65/45, pág. 114). Cf. também: José Rogério Cruz e Tucci, "Apontamentos" Repro 70/29; Galeno Lacerda, "Mandados e sentenças liminares", RF 236/11.

(14) - Roger Perrot, em artigo traduzido para o italiano sob o título "Il procedimento per ingiunzione" (apud José Rogério Cruz e Tucci, "Apontamentos", Repro 70/21).

(15) - O sistema pátrio já experimentou o procedimento monitorio, embora o CPC de 1939 o tenha abolido. As Ordenações Manuêlinas e Filipinas já previam a chamada ação decendiária (ação de assinatura de dez dias), em que o réu era citado para, no prazo de dez dias, pagar ou embargar; não cumprida a obrigação nem apresentados os embargos, o juiz, por decisão, conferia ao título comprobatório da obrigação força executiva. Tal ideia foi incorporada pela Consolidação Rúbica, Regulamento 737/1850 e, posteriormente, por diversos Códigos estaduais, como o de São Paulo (art. 767) e o da Bahia (art. 340). Desapareceu com o CPC de 39, sob a alegação de que poderia ser substituída com vantagem pela ação executiva (Humberto Theodoro, "O procedimento monitorio", RF 271/77). No sentido também de considerar o procedimento monitorio (ou de injunção) um processo especial de cognição, tendendo à obtenção de um provimento condenatório, vide Edoardo Garbagnati ("Il procedimento d'ingiunzione" Milano, Giuffrè 1991, pág. 27).

### a) Prova escrita

No que tange à necessidade de prova escrita, é de notar-se que o legislador optou pelo procedimento monitorio documental<sup>(16)</sup> (ou cambiário), em vez do monitorio puro, em que a sentença liminar seria proferida com base em simples alegações do autor, não provadas documentalmente<sup>(17)</sup>.

Essa prova escrita pode consistir em qualquer documento escrito. Se o documento estiver redigido em língua estrangeira, mister se faz a tradução para o vernáculo (art. 157, CPC, art. 13, CF). Então valem como exemplo: o escrito particular, o telegrama, um recibo, extratos, escrituração comercial, cheque prescrito<sup>(18)</sup>, fax, etc.

Como a lei alude à prova escrita, conclui-se que o documento gráfico não se presta a ensejar o procedimento monitorio. Excluem-se, portanto, o desenho, a fotografia, as plantas, a gravação em fita cassete (enquanto não transcrita), a fita de vídeo, etc.

Também valem os documentos públicos ou privados (conforme sejam, ou não, de autoria de alguém que esteja no exercício de uma função pública), autógrafo ou heterógrafo (conforme o autor do documento seja o próprio autor do fato documentado ou outrem), preconstituídos ou casuais (conforme tenham ou não sido produzidos com o propósito de servir, no futuro, de prova do ato ou fato nele representados)<sup>(19)</sup>.

E as provas legais? Embora um dos princípios que regem o sistema probatório seja o do livre convencimento motivado (art. 131), quando a lei exigir o instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova pode suprir-lhe a falta (art. 366, CPC, art. 134, CC). De notar-se, pois, que tal princípio encontra limites nas chamadas provas legais<sup>(20)</sup>. Portanto, no procedimento monitorio, o deferimento de plano da ordem judicial vai depender de a prova escrita ter ou não de obedecer à forma legal.

### b) Inexistência de título executivo

A finalidade da ação monitoria é a formação de um título executivo. Se o autor já é detentor do mesmo, descabido falar-se em processo injuntivo. Pelo menos, no nosso sistema, via de regra, não se permite a substituição da ação de execução pela ação de conhecimento, quando aquela for a cabível.

Em primeiro lugar, faltaria interesse processual na propositura da ação de conhecimento. Se alguém já é detentor de título executivo, não tem interesse na ação de conhecimento. A finalidade da ação condenatória é a formação de título executivo que torne o autor habilitado à execução e se ele já dispuser de título com força executiva, não tem interesse na obtenção de sentença condenatória<sup>(21)</sup>.

Para propor ou contestar uma ação, é necessário ter interesse, ante o disposto no artigo 3º, CPC. A existência do interesse de agir é constatada pelo binômio "necessidade + utilidade". Se a parte lesada tiver a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para obter a tutela jurisdicional e a medida postulada for útil à satisfação de seu direito, então há interesse, utilidade que se consubstancia em uma posição jurídica mais vantajosa na prática.

Dentro da noção de utilidade, tem-se a idéia de adequação. Isto é, se a medida for adequada, o provimento será útil. Com a dequação, tem-se uma maximização (otimização) dos resultados da medida, eximindo a máquina judiciária de trabalhar inutilmente. O mecanismo judiciário não pode trabalhar à toa. É importante que o processo aponte para um resultado capaz de ser útil ao demandante, removendo o óbice posto ao exercício do seu suposto direito, e útil também segundo o critério imposto pelo Estado.

Uma coisa é o interesse processual, outra, o material. Este é primário (ex.: vender um veículo, comprar um imóvel). Se houver pretensão resistida, surge então um interesse derivado do material, que é o processual. Surge, então, a necessidade de pedir a providência jurisdicional útil (utilidade prática).

Assim, o credor, já detentor de título executivo, não logrará obter uma posição jurídica mais privilegiada, no plano prático, se propuser uma ação de cognição, de natureza condenatória ou declaratória, apenas para se forrar de um grau maior de certeza, em vez de executar<sup>(22)</sup>.

Em segundo lugar, inviável se apresenta a conversão de um processo (próprio) por outro (impróprio), ou vice-versa. Quando muito, admite-se a adoção de um procedimento impróprio, em vez de outro, próprio, e na mesma espécie de processo (conhecimento, execução ou cautelar). Assim, pode-se adaptar o procedimento ordinário ao sumário, ou vice-versa, mas não será possível converter-se um processo de cognição em processo de execução ou vice-versa, porquanto, na espécie, o próprio pedido é que estaria sendo modificado<sup>(23)</sup>.

Araken de Assis comunga desse mesmo raciocínio, lecionando que faltaria interesse de agir à vítima de infração penal em obter um título executivo idêntico ao penal, se propusesse a demanda civil *ex delicto*, com desprezo à sentença penal já passada em julgado<sup>(24)</sup>.

O processo de execução não pode ser convertido em processo de conhecimento por se tratar de diferentes espécies de tutela jurisdicional, a envolver a própria substância da pretensão manifestada<sup>(25)</sup>.

Também carece de interesse processual aquele que, se pode valer-se da via executiva para a cobrança de encargos condominiais, se utiliza da via cognitiva para deduzir a sua pretensão.

Não obstante, a lei parece excepcionar alguns casos em que se permite a utilização da via cognitiva, em vez da executiva. Por exemplo: embora o artigo 585, IV, CPC, tipifique o contrato locativo como título executivo extrajudicial, o artigo 62 da Lei do Inquilinato viabiliza a cumulação de pedido de rescisão da locação com o de cobrança de aluguéis, portanto dentro do processo de cognição.

(16) - Nesse ponto, o modelo brasileiro aproxima-se mais do italiano, em que se baseia em prova documental do crédito do autor (art. 634, CPC); excepcionalmente, não se exige prova por escrito dos créditos relativos a honorários por serviços judiciais ou extrajudiciais, despesas feitas por advogados, escrivães. Nestes casos, a prova do crédito é portata por fé (art. 633, n. 2). Já o processo civil alemão (inclusive o austríaco) conhece duas espécies de procedimento monitorio: a) puro; b) documental. No procedimento monitorio puro, permite-se que a ordem judicial de pagamento seja expedida sem audiência do devedor e com base apenas nas alegações unilaterais do credor, sem necessidade de qualquer outra prova. No documental, exige-se prova documental, diversa, naturalmente, do título executivo (Humberto Theodoro, "O procedimento monitorio" RF 271/75).

(17) - Sobre essa classificação, vide Ovidio Baptista, Comentários ao CPC, pág. 32.

(18) - Nesse caso, eventual correção monitoria incide a partir do ajuizamento da ação monitoria e não mais do respectivo vencimento do título prescrito, sendo aplicável o disposto no § 2º do artigo 1º. Lei nº 6.899/81.

(19) - Cf. classificação dos documentos feita por Moacyr Amaral Santos, "Comentários ao CPC" Forense IV vol. 1982 pág. 148 n.º 133. No mesmo sentido: Carreira Alvim, "Ação Monitoria - Temas polêmicos" pág. 37.

(20) - Nelson Nery e Rosa Nery "CPC comentado", nota 1 ao artigo 366.

(21) - Nelson Nery e Rosa Nery "CPC comentado", nota 2 ao artigo 586.

(22) - Vicente Greco Filho, "Direito processual civil", Saraiva, vol. 1, págs. 82/83 n.º 142. No mesmo sentido: Moniz de Aragão, "Comentários ao CPC" Forense, pág. 527, n.º 528; RT 620/71, rel. Cezar Peluso, com alusão a Lent. Outros exemplos de falta de interesse de agir: Mandado de segurança para prestar vestibular se o exame já foi realizado (o provimento jurisdicional seria totalmente inútil); cobrar dívida ainda não vencida (o Estado alimenta a esperança de que o devedor pague a dívida no vencimento. Não há necessidade de sobrecarregar o Poder Judiciário) (apud Cândido Dinamarco, "Condições da ação na execução", Ajuris 34/53); Ainda: não há interesse na ação de despejo se o inquilino já devolveu as chaves. Contra: Werter R. Faria, "Ações cambiárias", pág. 24 n.º 13; Theotonio Negrão, com alusão aos julgados insertos in RT 492/130, 494/99, 506/131, JTA 100/168 Bol. AASP 1 429/112 (CPC, nota 5 2ª parte ao artigo 250; José Maria Gonçalves Sampaio, "A ação executiva", pág. 45).

(23) - Calmon de Passos, "Comentários ao CPC", pág. 314, n.º 178-4. No mesmo sentido: Humberto Theodoro Júnior, "Processo de execução", LEUD, pág. 106, cap. X; Rogério Lauria Tucci, "Escolha da via executiva quando o caso era de escolha da via de cognição", Repro 30/277; Arruda Alvim, "Manual de CPC", RT, vol. II, pág. 145 n.º 93. Vide também: RT 496/120, 504/197 RJTJESP 111/35 JTA 40/96, 43/94, 46/81 RJTAMG 18/160 (apud Negrão op. cit. nota 5 ao art. 250; RT 670/95).

(24) - Araken de Assis, "Eficácia civil da sentença penal", RT pág. 96, n.º 15.13. Sem discrepar: Calmon de Passos, "Comentários", pág. 311 n.º 178. Contra: Edson Ribas Malachini ("Da conversibilidade de um processo em outro, por emenda à petição inicial", Repro 54/7); também já se entendeu que, havendo dúvida quanto à liquidez, o credor pode optar pela via do conhecimento (Ap. 478 526-0 1ª TACivSP rel. Juiz Joaquim Garcia j. 10.11.93 in AASP nº 1889 pág. 1 Suplemento).

(25) - RT 504/197.

(16) - Nesse ponto, o modelo brasileiro aproxima-se mais do italiano, em que se baseia em prova documental do crédito do autor (art. 634, CPC); excepcionalmente, não se exige prova por escrito dos créditos relativos a honorários por serviços judiciais ou extrajudiciais, despesas feitas por advogados, escrivães. Nestes casos, a prova do crédito é portata por fé (art. 633, n. 2). Já o processo civil alemão (inclusive o austríaco) conhece duas espécies de procedimento monitorio: a) puro; b) documental. No procedimento monitorio puro, permite-se que a ordem judicial de pagamento seja expedida sem audiência do devedor e com base apenas nas alegações unilaterais do credor, sem necessidade de qualquer outra prova. No documental, exige-se prova documental, diversa, naturalmente, do título executivo (Humberto Theodoro, "O procedimento monitorio" RF 271/75).

(17) - Sobre essa classificação, vide Ovidio Baptista, Comentários ao CPC, pág. 32.

(18) - Nesse caso, eventual correção monitoria incide a partir do ajuizamento da ação monitoria e não mais do respectivo vencimento do título prescrito, sendo aplicável o disposto no § 2º do artigo 1º. Lei nº 6.899/81.

(19) - Cf. classificação dos documentos feita por Moacyr Amaral Santos, "Comentários ao CPC" Forense IV vol. 1982 pág. 148 n.º 133. No mesmo sentido: Carreira Alvim, "Ação Monitoria - Temas polêmicos" pág. 37.

(20) - Nelson Nery e Rosa Nery "CPC comentado", nota 1 ao artigo 366.

(21) - Nelson Nery e Rosa Nery "CPC comentado", nota 2 ao artigo 586.



Nessa linha de pensamento, cumpre ressaltar que, na Argentina, pelo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, é possível a opção pelo processo de conhecimento. Havendo oposição do executado, o juiz, atendendo às circunstâncias, resolverá qual a via é a mais adequada, sendo que contra tal decisão descabe recurso (artigo 521).

### c) Obrigação de pagar soma em dinheiro ou de entregar coisa fungível ou de determinado bem móvel

Para a adoção do processo monitorio, o nosso ordenamento optou por restringir a natureza da obrigação ao pagamento de soma em dinheiro ou de entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.<sup>(26)</sup>

A coisa fungível pode referir-se à coisa incerta, desde que substituível por outra da mesma espécie, qualidade e quantidade (artigo 50, CC).

Por exclusão, não podem ser veiculadas pelo procedimento monitorio pretensões concernentes às obrigações de fazer e de não fazer e de dar coisa imóvel.

Mas isso pode sofrer mutações de acordo com o perfil político de cada ordenamento. Chiovenda ensina que o processo monitorio pode variar quanto às condições e ao objeto: alguns - como o Mandtsverfahren austríaco - exigem que o direito do autor se funde em documentos; outros - como o Mahnverfahren alemão e o Rechtsbot suíço - não. Alguns se podem aplicar também às prestações que não em dinheiro (Rechtsbot suíço); o Regimento austríaco insere uma forma de processo monitorio para a entrega de imóveis arrendados, de locação terminada; outros admitem somente créditos por somas ou coisas fungíveis (Mahnverfahren, Mandtsverfahren).<sup>(27)</sup>

## Procedimento

A petição inicial deve atender ao disposto no artigo 282, CPC. Se não estiver devidamente instruída, o juiz deve mandar o autor emendar a inicial, no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento (arts. 283, 284 e 616, CPC).

Estando devidamente instruída, sem oitiva da parte contrária, o juiz expede, liminarmente, o mandado de pagamento ou de entrega de coisa certa, para que se cumpra a obrigação no prazo de quinze dias. Depois, procede-se à citação do devedor.

No mandado judicial, no nosso modo de ver, é preciso que contenha a advertência sobre as consequências da apresentação e não apresentação dos respectivos embargos, à semelhança do que previsto no artigo 285, CPC. Isto é, se cumprido o mandado, fica isento do pagamento das custas e honorários advocatícios (artigo 1.102c, § 1º); se não embargar, o mandado inicial converter-se-á em mandado executivo; e se embargar, o feito seguirá o rito ordinário.

Feita a citação, outorga-se o prazo de quinze dias, dentro dos quais podemos dividir, basicamente, três situações: a) o réu cumpre a sua obrigação (pagamento ou entrega de coisa); b) o réu embarga, independentemente de garantia do juízo; c) o réu não embarga, nem cumpre a sua obrigação.

### a) Cumprimento da obrigação

Na primeira situação, em havendo o pagamento integral da dívida ou entrega da coisa, o réu fica isento de custas e honorários advocatícios (artigo 1.102c, § 1º), não se lhe aplicando o disposto no § 4º do artigo 20, CPC.

(26) - Envolvendo soma em dinheiro, cabe ação monitoria contra a Fazenda Pública? Respondemos negativamente. Com efeito, conspira contra o seu cabimento a necessidade do duplo grau de jurisdição (artigo 475 CPC), pagamento por meio de ofício requisitório e dotação orçamentária (artigo 100, CF). Nesse sentido, vide José Rogério Cruz e Tucci ("Ação monitoria", RT, 1995, pág. 66), Vicente Greco Filho ("Da execução contra a Fazenda Pública", Saraiva, 1986, pág. 58). Contra: Carreira Alvim, Ação Monitoria - Temas polêmicos, pág. 61.

(27) - "Instituições de direito processual civil", 1ª vol. Saraiva, 1965, pág. 255, n.º 77.

Não vemos necessidade de o réu ter de valer-se de advogado para efetuar o pagamento, pois esse ato tem carga maior de direito material do que de conteúdo processual.<sup>(28)</sup>

Se houver pagamento parcial da dívida, por exemplo, nada impede que o feito prossiga pela diferença (ex: correção monetária, juros, etc), aliás, como acontece nos feitos executivos em geral. Nesta hipótese, porém, se o processo subsistir prosseguindo-se pela diferença, em nosso pensar, é caso então de o juiz carrear ao devedor os encargos processuais, segundo a sua apreciação equitativa.

É possível, ainda, o levantamento da parcela incontroversa depositada em juízo, à semelhança do estatuído pelo artigo 62, IV, LI, e 899, § 1º, CPC.

Terceiros, como, por exemplo, o cônjuge, o fiador, o companheiro, podem efetuar o pagamento da dívida, nos mesmos moldes em que é permitida a consignação judicial feita por terceiros (artigo 890, CPC).

### b) Oposição de embargos

A segunda alternativa do réu é apresentar eventual defesa por meio de embargos, com que o feito toma o rito ordinário.

Obtido o título (*praeceptum de solvendo*), ensina Ovidio Baptista, inverte-se, desde logo, o contraditório, que passa, depois da emissão do preceito, a ser iniciativa do demandado que a ele se deve opor, sob pena de transformar-se a decisão liminar em título executivo.

A condenação antecipada pela liminar do processo monitorio é, em regra, condicional quanto à sua eficácia e só irá perdurar se a parte não promover o contraditório, opondo-se ao preceito.<sup>(29)</sup>

No procedimento monitorio não há cognição exauriente, visto que, *initio litis*, não há lugar para a análise das razões do demandado. No fundo, trata-se de cognição sumária - mas não cautelar -, apta a construir o título executivo, portanto, dando azo a uma tutela antecipada satisfativa.

Se, contudo, o devedor o impugna, opondo as defesas de que dispõe - aqui a defesa é ampla -, o preceito transforma-se em simples citação, e o processo se desenvolve, a partir da contestação, como um processo ordinário de condenação.<sup>(30)</sup>

Não podemos nos surpreender com o fato de a expressão embargos significar contestação. Assim já o faz no artigo 755, CPC, ao se reportar à defesa apresentada no pedido de insolvência civil. Demais, tal expressão ora pode ter natureza de ação incidental (arts. 741 e ss), ora de recurso (arts. 530 e segs).

Portanto, *data venia* de entendimento em contrário, pensamos que esses embargos têm natureza de contestação e não propriamente de ação incidental.<sup>(31)</sup>

Embora, daí por diante, o procedimento monitorio caia no rito ordinário, a sua trajetória, como um todo, se apresenta com inúmeras peculiaridades. Interessante foi a inserção do procedimento monitorio no Livro IV (Procedimentos especiais), visto que, além de não alterar a fisionomia do Código, com proveito dos artigos já existentes<sup>(32)</sup>, realmente especialíssimo é o seu rito.

O rito é especial, porque envolve um procedimento bifásico.

(28) - Cf. Vicente Greco Filho, quando comenta a purgação da mora na lei do inquilinato ("Comentários à Lei de locação de imóveis urbanos", Saraiva, 1992, pág. 373, comentário ao artigo 62). No mesmo sentido: Carlos Celso Orcesi da Costa, "Locação de imóvel urbano", Saraiva, 1992, pág. 334. Contra (pela necessidade da presença de advogado): Sílvia de Salvo Venosa, "Nova lei do inquilinato comentada", Atlas, 2ª ed., pág. 233, n.º 4.11.

(29) - Baptista da Silva "Comentários ao CPC" pág. 32, n.º 3. Vide ainda do mesmo autor, "Curso de processo civil", vol. III, pág. 18.

(30) - Chiovenda, Instituições, pág. 259, n.º 78. No mesmo sentido: Severino Muniz, "Ações cominatórias à luz do artigo 287 do CPC", pág. 23, n.º 3.

(31) - Nesse sentido, vide: Carreira Alvim, "Ação Monitoria - Temas polêmicos", pág. 39. Contra: José Rogério Cruz e Tucci, fala em ação incidental sui generis ("Ação monitoria", RT, 1995, pág. 64, n.º 7).

(32) - Cf. Sílvia de Figueiredo Teixeira, "A efetividade do processo e a reforma processual", Ajuris 59/258.

Na primeira fase, estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz defere de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa. Este deferimento constitui-se em pronunciamento judicial de conteúdo meritório, de fundo, já que, inexistindo embargos, constitui-se de pleno direito o título executivo judicial. Neste caso, o título executivo não nascerá de um ato único – como o é a sentença condenatória –, mas sim de um ato complexo (deferimento do pedido inicial + conversão do mandado inicial em executivo). A mandado judicial inicial, por si só, não configura título executivo; tem de haver a conversão.

O mandado inicial não possui força executiva, porque o juiz não faz cominação de penhora. Mas, esgotado o prazo de embargos, opera-se, por preclusão, o aperfeiçoamento do título, que, então, se transforma em executivo e autoriza a realização dos atos de expropriação próprios da execução forçada. A injunção executiva se coloca como um processo intermediário entre a cognição e a execução forçada.<sup>(33)</sup>

A segunda fase refere-se à apresentação dos embargos<sup>(34)</sup>, sendo, pois, eventual. Interpostos, segue-se o procedimento ordinário.<sup>(35)</sup>

Outra característica que o torna especial é o fato de a lei autorizar o aforamento dos embargos sem prévia segurança do juízo, seja pela penhora, seja pelo depósito da coisa (art. 737, CPC).

Sobremais, os embargos correm nos próprios autos do processo instaurado pelo autor. Logo, descabe cogitar de apensamento aos autos do processo principal (art. 736, CPC).

Em que pese a nomenclatura, os embargos da ação monitória pouco têm a ver com os embargos do devedor, tradicionalmente conhecidos (arts. 736/744, CPC). Não constituem uma nova ação, incidental, como sucede nos embargos à execução.

Em razão disso, não se pode exigir que os embargos monitoriais conttenham valor da causa ou preparo; o autor-credor será intimado para se manifestar acerca dos embargos, e não propriamente impugnar (art. 740, CPC).

Também se deve afastar a possibilidade de rejeição liminar dos embargos injuncionais, com fulcro em indeferimento da inicial (art. 295), ao contrário do que ocorre nos embargos à execução (art. 739). Igualmente, não se pode falar em inversão do ônus da prova.<sup>(36)</sup>

O devedor pode valer-se dos institutos ligados à intervenção de terceiros, notadamente a denunciação da lide e o chamamento ao processo<sup>(37)</sup>, tradicionalmente incabíveis em sede de embargos à execução, muito menos nos próprios autos da ação de execução.<sup>(38)</sup>

Então, por exemplo, se o fiador é acionado, pode, além de aforar os seus embargos, também chamar ao processo o devedor principal ou de outros fiadores (art. 77, CPC).

(33) – “O procedimento monitorio e a conveniência de sua introdução no processo civil brasileiro”. RF 271/74 (julho/setembro de 1980).

(34) – Na dicção italiana, a defesa do devedor se dá por meio da oposição (opposizione) consoante art. 645 CPC.

(35) – Melhor teria sido a menção ao procedimento “comum”.

(36) – Cf. Carreira Alvim, “Ação Monitória – Temas polêmicos”, pág. 41.

(37) – Cf. Carreira Alvim, que admite, inclusive, o uso da reconvenção (“Ação Monitória – Temas polêmicos”, pág. 55). No mesmo sentido: Orlando de Assis Corrêa (“Ação monitoria”, Aide, 1995, pág. 53). CONTRA (não admitindo o chamamento ao processo, mas apenas a denunciação da lide): José Rogério Cruz e Tucci, “Ação monitoria”, RT, 195, pág. 66.

(38) – Pelo descabimento da denunciação da lide no processo de execução e na ação incidental de embargos de devedor, Celso Agrícola Barbi sublinha que a denunciação da lide pressupõe prazo de contestação, que não existe no processo de execução em que a defesa é eventual e por embargos. Além disso, os embargos são uma ação incidente entre o executado embargante e o exequente, para discussão apenas das matérias da execução. Não comportam ingresso de uma ação indenizatória do embargante com um terceiro. A sentença que decide os embargos apenas deve admiti-los, ou rejeitá-los, não sendo lugar para decidir questões estranhas à execução (Comentários, págs. 212, 425). No mesmo sentido: Sidney Sanches (Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro, pág. 146, § 3, com menção a inúmeros julgados), Milton Flaks (Denunciação da lide, pág. 190, n.º 167) – Alguns exemplos: Não se permite a denunciação da lide ao endossante e beneficiário primitivo de cheque (1.ª TACivSP RT 616/100). Em execução movida pelo Banco do Brasil contra o avalista de “Nota de Crédito Rural”, o executado embargou, alegando que não avalizara qualquer cédula. O Banco, então, afirmando que a assinatura era verdadeira, denunciou a lide a terceiro, tabelião que teria reconhecido a firma do executado-embargante. Porém, o STJ acabou por não admitir tal intervenção de terceiro, sob o argumento de que os embargos objetivam a desconstituição do título executivo com apreciação de temas restritos a este desiderato (RSTJ 24/281).

Mas o procedimento monitorio apresenta pontos de similitude com as regras dos embargos à execução.

O primeiro deles é o referente à suspensão da eficácia do mandado inicial, em harmonia com o disposto no art. 739, § 1.º. Na realidade, como não se sabe se haverá ou não embargos, o mandado já nasce com a sua eficácia neutralizada (ou suspensa); os embargos apenas prorrogam a suspensão da eficácia do mandado.<sup>(39)</sup>

E se os embargos monitoriais forem parciais? Cremos que se lhe possa aplicar o estabelecido no § 2.º do art. 739, ou seja, a execução do mandado inicial prossegue quanto à parte não embargada. Não é caso de execução provisória; aliás, incabível quando aforados os embargos. Trata-se, sim, de execução definitiva em relação à parte que não sofreu oposição do devedor. Essa forma de antecipação de tutela já não é novidade no nosso sistema à semelhança do que ocorre com o levantamento da parcela incontroversa na ação consignatória em pagamento (art. 899, § 2.º, CPC, e art. 67, par. único, Lei do Inquilinato).

Explicando melhor, interpostos os embargos monitoriais, sendo totais, o mandado inicial fica com a sua eficácia suspensa, não sendo possível prosseguir-se na execução, ainda que provisoriamente. Se os embargos forem parciais (portanto, pressupondo que o devedor se tenha conformado com parte da dívida<sup>(40)</sup>), executa-se – definitivamente – quanto à parcela que não fora objeto de defesa.

Rejeitados os embargos, por sentença, portanto, em 1.º grau de jurisdição, a apelação do devedor terá efeito meramente devolutivo (art. 520, V), o que permitirá, agora sim, a execução provisória.

Poder-se-ia argumentar que os embargos monitoriais, tendo a natureza de contestação, eventual apelação que desafiaria a sentença teria de ser recebida na duplo efeito, por força do caput do art. 520, CPC. Entretanto, se é possível a execução provisória até a tutela antecipada (art. 273, § 3.º), não vemos razão para se impedir a da sentença final.

Temos de dar algum rendimento ao novel art. 273, sob pena de esvaziarmos totalmente o objetivo da tutela antecipada. Portanto o art. 273 há de ser interpretado em harmonia com o disposto no art. 520, CPC.

Se, a final, os embargos forem rejeitados, definitivamente, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial.

Dai, inicia-se a execução propriamente dita, nos termos dos arts. 621 a 631 (execução para entrega de coisa certa) e arts. 646 a 731 (execução por quantia certa contra devedor solvente).

Se houver vários devedores solidários, cumpre indagar se os embargos opostos por apenas um deles teria o condão de suspender a eficácia do mandado injuntivo contra os demais.

Aplicam-se, em nossa opinião, os enunciados dos arts. 320, I, e 739, § 3.º, CPC. Se a defesa disser respeito a todos os devedores, os embargos individuais beneficiam os demais, que foram omissos, ou seja, se os fatos forem comuns (ex: inexigibilidade do título)<sup>(41)</sup>. Do contrário, se o único embargante invocar matéria exclusiva de seu interesse (ex: que é parte ilegítima), a execução prossegue contra os demais.

### c) Ausência de embargos

Se o devedor não interpuser qualquer defesa, por intermédio dos embargos, o mandado de pagamento, ou de entrega de coisa, converte-se em mandado executivo, constituindo-se, de pleno direito, o título executivo judicial.

(39) – Cf. Carreira Alvim, “Ação Monitória – Temas polêmicos”, págs. 48/49.

(40) – Há duas situações: 1) o devedor embarga apenas parte da dívida: nesse caso, quanto à parte não embargada a execução segue normalmente, de modo definitivo. O juiz pode convolar o mandado inicial em título executivo no que toca à parte não impugnada; 2) o devedor embarga o pedido na sua totalidade, mas são acolhidos apenas parcialmente: se houver recurso do embargante, o credor pode promover a execução provisória (em relação a esta segunda hipótese Carreira Alvim sustenta que os embargos parcialmente acolhidos implicam a revogação integral da eficácia do mandado inicial. Cf. “Ação Monitória – Temas polêmicos”, pág. 52).

(41) – Moacyr Amaral Santos (“Primeiras Linhas de DPC”, vol. 2, Saraiva, pág. 12, n.º 310), sufragando posição de Calmon de Passos.

Essa última hipótese divisa a característica marcante do procedimento monitorio (ou de injunção)

Extrai-se da lição de José de Moura Rocha que o procedimento monitorio se baseia sobretudo na falta de contestação por parte do devedor combinada com atividade do credor, o silêncio daquele ante a confirmação deste, o que constitui a base lógica e jurídica da declaração de certeza contida na injunção <sup>(42)</sup>

O que se nota é que dois princípios básicos regem o procedimento injuncional: o princípio da sumariedade da cognição (*summaria cognitio*), com base na qual o juiz emite o preceito liminar, e a outorga antecipada da eficácia sentencial, que, por sua vez, provoca a inversão do contraditório, obrigando o réu a comparecer e defender-se, sob pena de transformar-se a decisão liminar em sentença condenatória final, dando ensejo à execução forçada <sup>(43)</sup>

Na ação monitoria, realizada a postulação e cumprido o contraditório com a citação do devedor, executa-se, sem uma sentença condenatória, como tradicionalmente concebida, a dívida inicialmente exigida. Instrumento de enorme simplicidade, que não pactua com formalidades não essenciais da satisfação jurisdicional e não se deforma pelos labirintos de procedimentos dispensáveis <sup>(44)</sup>

Como dissemos, o título executivo não se constitui de um ato único – como o é a sentença condenatória –, mas sim de um ato complexo (deferimento do pedido inicial somado à conversão do mandado inicial em executivo). A mandado judicial inicial, por si só, não tem força bastante para ter eficácia executiva.

Ponto digno de realce reside em saber se, expedido o mandado inicial e não sobrevivendo os embargos, o juiz poderia retratar-se, tornando ineficaz, ou mesmo revogando, o mandado injuntivo, já então convertido em título executivo.

Para nós, como o título executivo se forma a partir da conjunção de dois pronunciamentos do juiz (deferimento do mandado injuntivo e conversão em título executivo), até a convalidação do primeiro ato em título executivo, propriamente dito, é possível nova apreciação das alegações trazidas pelo autor <sup>(45)</sup>. Após, afigura-se-nos inviável a reapreciação das mesmas questões de mérito. Estamos a cogitar, obviamente, das questões de direito disponível, vez que aquelas cognoscíveis de ofício pelo juiz, isto é, as matérias de ordem pública, são impreclusíveis.

Com a conversão do mandado de pagamento em título executivo, a ordem de pagamento adquire a autoridade de coisa julgada substancial, quanto à inexistência de fatos impeditivos, modificativos e extintivos anteriores ao mandado, pela extensão da eficácia preclusiva sobre todas essas questões. Não se admitem novos embargos, senão aqueles que se permitem na execução de títulos judiciais e os embargos à arrematação ou adjudicação <sup>(46)</sup>

(42) – Procedimento monitorio (in "O Processo de Execução - Estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima"), pág. 236.

(43) – Baptista da Silva, "Comentários ao CPC", pág. 33, n.º 3. Cf. Kazuo Watanabe, "Da cognição", RT, 1987, pág. 90, n.º 20.4.

(44) – Francesco Carnelutti, "Instituciones del proceso civil", I. EJEBA, Buenos Aires, pág. 84, n.º 41. Ainda: Sidnei Agostinho Benetti, "Ação monitoria de reforma processual", Repro 77/95.

(45) – CONTRA: Carreira Alvim entende que, precluso o prazo para os embargos, ou seja, superada a primeira fase, com a omissão dos embargos, não se permite mais ao juiz o reexame da questão, passando-se necessariamente, à fase seguinte, que será então a da execução forçada ("Ação Monitoria - Temas polêmicos", pág. 51).

(46) – Humberto Theodoro Jr. "O procedimento monitorio e a conveniência de sua introdução no processo civil brasileiro", RF 271/74 (julho/setembro de 1980).